

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

150. JAHRGANG

06
2018



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRÄGE

Dominik Achrainer:

Eintragung börsennotierter Gesellschaften in das Wirtschaftliche
Eigentümer Register

Seite 201

Alexander Hofmann:

Kritische Anmerkungen zum Konstrukt der „typisierenden Betrachtungsweise“

Seite 204

RECHTSPRECHUNG

Rückwirkung des Verbots des Pflegeregresses

Seite 209

Auswirkungen eines Änderungsrechts auf den Vermögenswert einer
Rechtsstellung in der Privatstiftung (*Heinrich Foglar-Deinhardstein*)

Seite 213

ÖGIZIN ist als Tochtergesellschaft der Notariatskammern
öffentliche Auftraggeberin iS des Vergaberechts;
ebenso die Notariatskammern selbst (*Karl Stöger*)

Seite 224

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper,
Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2018/70

Kritische Anmerkungen zum Konstrukt der „typisierenden Betrachtungsweise“

Eine Besprechung von OGH 30. 1. 2018, 2 Ob 213/17 p¹

Die Rsp hat zur (zeitlichen) Abgrenzung anrechnungsfreier Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigten Personen (§ 785 Abs 3 ABGB aF bzw § 782 Abs 1 ABGB nF) nach der Vermögensopfertheorie die Rechtsfigur der „typisierenden Betrachtungsweise“ entwickelt. Diese Sicht wurde in der noch zum alten Recht ergangenen Entscheidung 30. 1. 2018, 2 Ob 213/17 p (Enkelkind-Schenkung), bekräftigt und verallgemeinert. Die nachfolgende Kritik versucht aufzuzeigen, dass eine typisierende Betrachtung, die an äußeren Tatbeständen haften bleibt, im Widerspruch zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise steht, die der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 für das Pflichtteilsrecht anerkannt hat (wirtschaftlicher Schenkungsbegriff, Anerkennung der Vermögensopfertheorie). Diese ist nach Ansicht des Verfassers dem Umgehungsschutz geschuldet, der dem Ziel der Planungssicherheit vorgeht.

Von Alexander Hofmann

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangsfall
- B. Begründung des OGH
- C. Kritik
- D. Ergebnis

A. Ausgangsfall

Die Verstorbene schenkte ihrer Enkelin (Tochter der Bekl) unter Vorbehalt eines Veräußerungs- und Belastungsverbots eine Liegenschaftshälfte. Sie litt an einer schweren Krebserkrankung. Zum Zeitpunkt der Schenkung war (noch) nicht absehbar, ob sie die Krankheit überleben würde. Erst nachdem die Geschenkgeberin die kritische Phase überwunden hatte, wurde der

¹ NZ 2018, 106. Der Verfasser ist Rechtsanwalt und hat den Kl im Verfahren vertreten.

Vertrag (mehr als 1 1/2 Jahre nach Unterzeichnung, unter Ausnützung einer Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung) verbüchert. Zum Todeszeitpunkt waren seit der Schenkung mehr als zwei Jahre verstrichen. Die Tochter der Erblasserin überlebte diese und verdrängte die Geschenknehmerin von der konkreten Pflichtteilsberechtigung. Anzuwenden war noch das alte Erbrecht (idF vor dem ErbRÄG 2015²).

Alleinerbin war die Bekl. Der Kl beehrte von ihr den um die Schenkung gem § 785 Abs 1 ABGB aF erhöhten Pflichtteil. Die Bekl bestritt die Anrechnungspflicht unter Hinweis auf die mangelnde konkrete Pflichtteilsberechtigung der Geschenknehmerin zum Todeszeitpunkt und berief sich auf die Befreiung nach § 785 Abs 3 aF (Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigten Person, früher als zwei Jahre vor dem Tod). Das Vorbringen sowie die (sekundären) Feststellungs- und Rechtsrügen des Kl waren im Wesentlichen darauf gerichtet, darzulegen, dass die Schenkung unterblieben bzw nicht verbüchert worden wäre, wenn die Erblasserin innerhalb der zweijährigen Frist verstorben wäre; dh, dass die Person der Geschenknehmerin und das Timing der Verbücherung von der Bekl im Zusammenwirken mit der Geschenknehmerin gezielt so gewählt bzw gestaltet wurden, um der Anrechnung nach § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB aF nach Möglichkeit zu entkommen. Der Berufung auf § 785 Abs 3 ABGB aF hielt der Kl den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen. Im Hinblick auf die eingeschränkten Verwertungs- und Verwaltungsmöglichkeiten in Verbindung mit dem Veräußerungs- und Belastungsverbot bestritt der Kl auch die Erbringung des Vermögensopfers vor dem Tod.

Nachdem der vom Kl angerufene VfGH die fristabhängige Anrechnung auch für die Enkelkind-Schenkungen verfassungskonform erkannt hatte, bestätigte das BerG die Abweisung der zum überwiegenden Teil auf den Schenkungspflichtteil gestützten Klage (mit Hinweis auf das Erk 5 Ob 120/74 SZ 47/76: konkrete Pflichtteilsberechtigung des Geschenknehmers als Voraussetzung für die unbefristete Anrechnung). Das BerG ließ die Rev nach erhobener Vorstellung (§ 508 Abs 1 ZPO) zu. Der OGH wies sie als unzulässig zurück.

B. Begründung des OGH

Bis zur Entscheidung OGH 27. 10. 2016, 2 Ob 145/16 m (Schwiegerkind)³, ließ sich noch argumentieren, dass bei Schenkungen an familiennahe, nicht konkret pflichtteilsberechtigte Personen zumindest dann eine Analogie zu der zum Pflichtteilsverzicht entwickelten Missbrauchsjudikatur gezogen werden kann, wenn der Beschenkte (als Enkelkind, im Unterschied zum Schwiegerkind) zumindest abstrakt pflichtteilsberechtigt ist.

Obwohl das Fehlen von Rsp zu diesem Problemkreis im Schrifttum beklagt wurde,⁴ hat der OGH darin keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO erkennen wollen. Er sprach aus, dass die in § 785 Abs 3 ABGB aF angeordnete Ausnahme von der Anrechnung auf der Wertung beruhe, dass nur Schenkungen in den letzten zwei Jahren vor dem Tod typischerweise der Umgehung des Pflichtteilsrechts dienen würden. Bei Schenkungen innerhalb dieser Frist könne sich der Beschenkte – mangels Grundlage im Gesetz – nicht auf fehlende Umgehungsabsicht berufen; zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen müsse daher bei Schenkungen außerhalb dieser Frist der Einwand einer tatsächlich bestehenden Umgehungsabsicht ebenfalls ausgeschlossen sein. Durch diese vom Einzelfall abstrahierende Betrachtung werde dem Interesse an Rechtssicherheit Rechnung getragen. Auch das Argument des nicht erbrachten Vermögensopfers ließ der OGH nicht gelten. Für die Beurteilung des Vermögensopfers sei allein entscheidend, ob sich der Geschenkgeber den Widerruf der Schenkung oder ein dingliches Fruchtgenussrecht an der geschenkten Sache vorbehalten habe; auf die Einräumung oder Nichteinräumung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots komme es nicht an.⁵ Diese Begründungen entsprechen der vom OGH zur Vermögensopfertheorie um der Rechtssicherheit willen entwickelten sog „typisierenden Betrachtung“.⁶

C. Kritik

Vorweg: Den Versuchen eines Verstorbenen, eine Schenkungsanrechnung durch Zuwendungen an Enkelkinder zu umschiffen, dürfte mit dem ErbRÄG 2015 ein mehr oder weniger verlässlicher Riegel vorgeschoben worden sein (s §§ 757, 783 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015). Nach fast einhelliger Lehre sind Schenkungen an Enkelkinder nach dem ErbRÄG 2015 auch dann hinzu- und anrechnungspflichtig, wenn der oder die Beschenkte im Todeszeitpunkt nur abstrakt pflichtteilsberechtigt ist.⁷

Die vom OGH gewählte Begründung, wonach der Rechtsmissbrauchseinwand nicht weiter zu thematisieren sei, weil sich im Interesse der Rechtssicherheit ein Eingehen auf die Besonderheiten des Einzelfalls verbiete, weist jedoch über den spezifisch gelagerten Sachverhalt hinaus. Sie dürfte auch für die Auslegung des ErbRÄG 2015 von Relevanz sein.

Die Praxis hat gezeigt, dass die gezielte Auswahl familiennaher Personen als Geschenknehmer häufig Hand in Hand mit Vorbehalten des Geschenknehmers geht, die die Schenkung insgesamt in ein unter dem Blickwinkel

² Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/87.

³ EF-Z 2017, 85 (*Tschugguel*) = iFamZ 2017, 109 (*Schweda*) = EvBl 2017, 412 (*Apathy*) = JBl 2017, 329.

⁴ *Apathy*, ÖJZ 2017, 414.

⁵ StRsp 2 Ob 125/15 v.

⁶ RIS-Justiz RS0130273.

⁷ Siehe die zusammenfassende Darstellung des Stands der Lehre zu dieser Frage von *Pesendorfer*, iFamZ 2017, 18 f mwN.

der Schenkungsanrechnung verdächtiges Licht rücken.⁸ Mit dem Fokussieren des OGH auf die äußeren Tatbestände, seiner Tendenz, bei der Beurteilung der Anrechnungspflicht einer Transaktion von der Prüfung ihres (wahren) wirtschaftlichen Gehalts abzusehen (typisierende Betrachtung), kann der Schutz des Pflichtteilsberechtigten auf der Strecke bleiben. Nun ist die Judikatur von der typisierenden Betrachtung zwar noch zum alten Recht ergangen, allerdings schon in Kenntnis der neuen Rechtslage. *Musger*⁹ hält es daher für naheliegend, dass der OGH daran auch künftig festhält. In Stellungnahmen zum Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015 wurde in diesem Sinn auch bereits die Ansicht geäußert, dass die typisierende Betrachtung im Interesse der Rechtssicherheit maßgebend bleiben müsse. Rechtssicherheit sei nur dadurch zu erreichen, dass man auch im neuen Pflichtteilsrecht (insbesondere bei der Prüfung des Vermögensopfers) nicht einzelfallbezogen und flexibel, sondern mit vertypen Kriterien operiere.¹⁰

Diese Sicht wird sich mE nicht aufrechterhalten lassen. Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 hat sich bei der Neuregelung der Schenkungsanrechnung nicht auf die Behebung einzelner Ungereimtheiten, Lücken und Schlupflöcher beschränkt, sondern generell eine wirtschaftliche, dh einzelfallbezogene Betrachtungsweise angeordnet. Das findet seinen Ausdruck insbesondere in der Schaffung eines Auffangtatbestands für die beispielhafte Aufzählung all dessen, was als hinzu- und anrechnungspflichtige Schenkung zu behandeln ist. Als Schenkung gilt jede Leistung, „die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt“ einer unentgeltlichen Zuwendung unter Lebenden gleichkommt (§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB nF). Bei der Regelung des mit der Schenkung verbundenen Vermögensopfers, das den Lauf der zweijährigen Frist in Gang setzt, wurde – trotz entsprechender Anregungen in der Begutachtung¹¹ – darauf verzichtet, den Tatbestand des Vermögensopfers zu vertypen. Maßgeblich für den Beginn der Zweijahresfrist ist der Zeitpunkt, zu dem die Schenkung „wirklich gemacht“ wurde (§ 782 Abs 1 ABGB nF). Danach richtet sich auch die Bewertung des Geschenks (§ 788 ABGB nF). Dem an präzisen Tatbeständen geschulten Kritiker mag die Formulierung „wirklich gemacht“ un schön bzw unklar erscheinen.¹² *Pollan*¹³ hat jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass ihr – in Fortschrei-

bung der Vermögensopfertheorie durch das ErbRÄG 2015 – eine wirtschaftliche Bedeutung zukommt, die nicht die Anwendung auf klar umrissene Sachverhalte im Auge hat.

Die wirtschaftliche Betrachtung gebietet es, bei der Prüfung des Vermögensopfers nicht an äußerlichen Tatbeständen (endgültiger sachenrechtlicher Substanzverlust, Aufgabe umfassender Nutzungsrechte etc) haften zu bleiben, sondern auf alle (auch subjektive) Umstände des Einzelfalls durchzublicken, um zu prüfen, ob der Geschenkgeber vom Geschenk tatsächlich „losgelassen“ und seine Herrschafts- oder Nutzungsbefugnisse als Eigentümer – wirklich spürbar – aufgegeben hat oder nicht.¹⁴ Das wird nicht nur anhand verschriftlichter Vereinbarungen zu untersuchen sein. Vielmehr muss auch die gelebte Praxis nach der Schenkung insbesondere dann in die Beurteilung einfließen, wenn sich der Geschenknehmer einer fortgesetzten (informellen) Autorität des Geschenkgebers gefügt hat. Die sparsamen und eher kryptischen Ausführungen in den Erläuterungen, die zur Verdeutlichung des Verständnisses der Vermögensopfertheorie einzelne Beispiele aus der Rsp nur verkürzt herausgreifen,¹⁵ können die vom Gesetzgeber – bewusst – unterlassene Legaldefinition nicht ersetzen. Sie bieten keine Grundlage für eine Fortschreibung der typisierenden Betrachtung contra legem.¹⁶

Wenn im Schrifttum Uneinigkeit darüber besteht, ob etwa iS der bisherigen Rsp¹⁷ auch unter dem ErbRÄG 2015 der Vorbehalt eines umfassenden Fruchtgenussrechts das Vermögensopfer hinausschiebe,¹⁸ so zeigt das nur auf, dass sich die dogmatisch „richtige“ Lösung nicht abstrahiert vom Einzelfall finden lässt.

Der OGH selbst dürfte die typisierende Betrachtung zwar eher als pragmatischen Weg zur Konkretisierung und Objektivierung der wirtschaftlichen Betrachtung und nicht als Gegensatz dazu verstehen.¹⁹ Es trifft wohl auch zu, dass der Vorbehalt eines umfassenden Fruchtgenussrechts typischerweise dafür spricht, den Geschenkgegenstand (wirtschaftlich) weiterhin der Vermögenssphäre des Geschenkgebers zuzurechnen. Aller-

⁸ Vgl 2 Ob 125/15v und 2 Ob 145/16m.

⁹ KBB⁵ §§ 782, 783 Rz 3.

¹⁰ Siehe zuletzt *Umlauf*, Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2017, 241 (244 f); *Schneiderbauer/Zwick*, Die Privatstiftung und die Erbringung des Vermögensopfers, PSR 2017, 4 (8).

¹¹ Siehe zB die Stellungnahme von *Hügel* zum ME für das ErbRÄG 2015 (41/SN-100/M 25. GP 5).

¹² *Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (341).

¹³ Schenkungsanrechnung und Pflichtteilsberechtigung, NZ 2018, 81 (85).

¹⁴ AA *A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 41.

¹⁵ RV zum ErbRÄG 2015, 688 BlgNR 25. GP 34.

¹⁶ Anders *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 253; *Umlauf*, NZ 2017, 243 ff.

¹⁷ RIS-Justiz RS0130273; zuletzt (noch zum alten Recht, jedoch schon unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage) OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a NZ 2018, 184 (*Hofmann*).

¹⁸ Dagegen: *Umlauf*, NZ 2017, 245; *Wolkerstorfer*, Eintritt des Vermögensopfers bei der Schenkung auf den Todesfall, NZ 2017, 422 f; *A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 41; *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung 253; dafür: *Pollan*, NZ 2018, 84 FN 10; *Schneiderbauer/Zwick*, PSR 2017, 9; *Eccher*, Die österreichische Erbrechtsreform (2017) Rz 167; wohl auch *Musger*, KBB⁵ §§ 782, 783 Rz 5.

¹⁹ Vgl *A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 41.

dings wird sich die Frage des Vermögensopfers eben nicht immer schematisch lösen lassen. Ein bloßes Wohnungsgebrauchsrecht lässt sich in einer Weise ausgestalten, die dem Fruchtgenuss sehr nahekommt (zB durch ein großzügiges Recht zur Aufnahme von [Mit-] Bewohnern, in Bezug auf die Kostentragung und Mitspracherechte bei der Verwaltung). Umgekehrt sollte die Ausnahme bestimmter Teile des Geschenks, die sich vielleicht ohnehin gar nicht verwerten lassen, nicht notwendigerweise dazu führen, dem Fruchtgenussrecht den nach der Rsp für den Aufschub des Vermögensopfers geforderten umfassenden (eigentümerähnlichen) Charakter abzusprechen.

Wird an Personen geschenkt, die der Familie zwar nahe stehen, aber nicht abstrakt pflichtteilsberechtigt sind (zB Schwiegerkind), so wird der Zeitpunkt der endgültigen Aufgabe der für die Eigentümerposition typischen Nutzungs- oder Herrschaftsbefugnisse besonders kritisch zu hinterfragen und auch dem Missbrauchswand fallweise Beachtung zu schenken sein.²⁰

Weiters wäre – jedenfalls nach neuem Recht – unter bestimmten Umständen auch einem vorbehaltenen Veräußerungs- und Belastungsverbot Relevanz für die Annahme zuzuerkennen, dass eine Schenkung noch nicht „wirklich gemacht“ wurde. Das müsste etwa dann zutreffen, wenn, wie im hier entschiedenen Fall, die Verstorbene nur einen Miteigentumsanteil übertrug, der der Geschenknahmerin nicht einmal die Mehrheit für die ordentliche Verwaltung der Liegenschaft (§ 833 ABGB) verschaffte.

Bei der Übertragung einer Liegenschaft sind die zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten noch überschaubar. Gänzlich versagen muss die typisierende Betrachtung indessen, wenn es um das Vermögensopfer beim Transfer über eine Stiftung geht. Angesichts der Vielfalt denkbarer Regelungsvarianten und der komplexen Organisationssoziologie der (Familien-)Stiftung wird man einer ausgetüftelten Umgehungsstrategie auf Basis einer Stiftung mit der typisierenden Betrachtung sicher nicht beikommen.

Der zwingende Charakter des Pflichtteilsrechts lässt es nicht zu, die mittels starrer Tatbestände allenfalls gewonnene Rechtssicherheit gegen die gebotene wirtschaftliche Betrachtung auszuspielen. Tatsächlich geht es dabei nicht um Rechtssicherheit, sondern um Planungssicherheit. Sie kommt im Anrechnungsrecht in der Regel nur demjenigen zugute, der im Verdacht steht, aus einer ausgeklügelten Gestaltung zur Überschreitung der Grenzen für die Testier- und Dispositionsfreiheit Vorteile ziehen zu wollen. Dem Schutz seines Vertrauens in den Bestand einer Schenkung kann kein besonderer Stellenwert zuerkannt werden. Die Suche nach Auswegen und Hintertüren wird durch das Abstellen auf bestimmte Tatbestände eher erleichtert als

erschwert. Tatbestände vereinfachen planmäßiges Ausweichen. Schon geringfügige oder unwesentliche Abweichungen, die am wirtschaftlichen Gehalt des Rechtsgeschäfts nichts ändern, können genügen, um der unerwünschten Rechtsfolge zu entfliehen.

Zugegebenermaßen ist schon die zweijährige Frist für die An- und Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen (§ 785 Abs 3 letzter Satz ABGB aF; § 782 Abs 1 ABGB nF) mit einem inneren Widerspruch belastet. Ihre Crux liegt darin, dass sie einerseits Umgehungen vorbeugen soll, andererseits aber die mit Umgehungsverdacht belegten Vermögens-transfers von unverdächtigen durch eine starre Frist trennen will.²¹ Dass dies nicht möglich ist, haben schon jene Fälle erwiesen, bei denen die Schenkung länger als zwei Jahre zurücklag und der OGH die Berufung auf einen vom Geschenknahmer abgegebenen Pflichtteilverzicht als Missbrauch wertete und die Anrechnung zuließ. Hier hat sich der OGH auch nicht geschämt, durch das Rekurren auf ein Argument (Rechtsmissbrauch) korrigierend einzugreifen, bei dem die Anrechnungspflicht von der Lösung einer nach den Umständen des Einzelfalls zu klärenden Rechtsfrage abhängt.²² Die vom ErbRÄG 2015 aufgetragene wirtschaftliche Betrachtungsweise lässt den gewünschten Spielraum für eine an der konkreten Lagerung des Sachverhalts ausgerichtete, elastische Beurteilung. Sie entschärft damit den Widerspruch zwischen dem Regelungsziel Umgehungs-schutz einerseits und dem Anknüpfen an eine bestimmte und relativ kurze Frist andererseits.

Dem Erbrecht war die wirtschaftliche Betrachtungsweise in Form der Vermögensopfertheorie seit jeher suspekt.²³ Dabei ist diese Rechtsfigur in den unterschiedlichsten Rechtsbereichen, sowohl auf Gesetzesebene als auch in der richterlichen Rechtsfortbildung, bewährt und anerkannt; wenn es gilt, dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Faktenlage nachzuspüren, um Normen zur Durchsetzung zu verhelfen, die aufgrund ihres Regelungszwecks einer erhöhten Umgehungsgefahr ausgesetzt sind.²⁴

²⁰ Abl jedoch die hier besprochene Entscheidung sowie 2 Ob 125/15 v und 2 Ob 145/16 m.

²¹ Der Ministerialentwurf zum ErbRÄG 2015 (100/ME 25. GP [ME]) sah keine Differenzierung zwischen unbefristeter und befristeter Anrechnung vor, sondern eine zehnjährige Frist für alle Schenkungen (§ 781 ABGB ME). Der Verfasser stellte in der Begutachtung zur Diskussion, es dabei zu belassen, aber die Frist deutlich zu verlängern (Hofmann, Stellungnahme 1/SN-100/ME 25. GP 6f; zust Zankl, Durchsetzung der Anrechnung und Auskunftsanspruch, in *Rab/Zöchling-Jud* [Hrsg], Das neue Erbrecht [2015] 113).

²² RIS-Justiz RS0110900 (T 8).

²³ Siehe *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, NZ 2012, 1 (7); *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 2366.

²⁴ Siehe zB die Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung im ASVG und im Abgabenrecht – § 539 a ASVG und § 21 BAO; RIS-Justiz RS0118065; RS0053198; im Kartellrecht – § 20 KartG; die Beurteilung von Interessenkonflikten im Berufsrecht bei wirtschaftlicher Verflechtung des Treuhänders – 26 Os 11/16 m; weiters ist die Rsp bei der Lösung folgender Fragen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gefolgt: fehlende Kostendeckung und ob-

Man wird schwerlich behaupten können, dass die Rechtssicherheit auf diesen Gebieten weniger zählt. Speziell im Strafrecht spielt die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine wichtige Rolle.²⁵ Gleichwohl genießt das Ziel der Rechtssicherheit dort einen noch höheren Schutz und ist

jektiver Nutzen aus einer Baumaßnahme im Wohnungseigentumsrecht – 5 Ob 18/13b; Berechtigung zur Rückforderung einer unzulässigen Ablöse durch den Altmietler im Mietrecht – RIS-Justiz RS0070119; RS0070160; Verbraucher- und Unternehmereigenschaft im Konsumentenschutz – 6 Ob 43/13m; 6 Ob 170/14i; 6 Ob 95/16p; Qualifikation als Eigengeschäft eines Maklers – 7 Ob 127/03g; beherrschender Einfluss auf die Ehewohnung – 7 Ob 86/03b; beschränkter Anfechtungsumfang beim Kontokorrentkredit in der Insolvenz – RIS-Justiz RS0111460; Passivierung einer Naturalobligation in der Bilanz – RIS-Justiz RS0109391; zivilrechtlicher Schadensbegriff – RIS-Justiz RS0030206; Bemessung einer Enteignungsentschädigung – 2 Ob 282/05t; 5 Ob 2242/96h; Ausschluss der Qualifikation als Geschäftsraummieter in einem Einkaufszentrum – RIS-Justiz RS0020319; Beurteilung von Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot für Organe im Gesellschaftsrecht – RIS-Justiz RS0049423; Verbot der Einlagenrückgewähr im Gesellschaftsrecht – 6 Ob 33/11p.

²⁵ Für Vermögensdelikte bei der Feststellung des tatbildmäßigen Schadens – RIS-Justiz RS0109555; RS0094420; 10 Os 145/81; 11 Os 48/04; der Schadenszurechnung beim Scheckbetrug – RIS-Justiz RS0094996; der Feststellung des Befugnismissbrauchs für die Untreue – 15 Ob 18/97; der Auslegung des Vermögensbegriffes – 15 Os 18/97; RIS-Justiz RS0094766; RS0094446; RS0094171; RS0094770; RS0093585; der Auslegung des Eigentümerbegriffes – RIS-Justiz RS0085462 sowie bei der Feststellung des Vorteilszuflusses für das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit – RIS-Justiz RS0092444; 14 Os 148/00; 14 Os 22/08d.

im Verfassungsrang verankert (Art 7 MRK – Analogie- und Rückwirkungsverbot sowie Bestimmtheitsgebot). Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kann der Rechtssicherheit daher nicht abträglich sein.

D. Ergebnis

Die vom OGH für die fristgebundene Schenkungsanrechnung angestellte typisierende Betrachtung mag aus pragmatischem Kalkül verständlich erscheinen. Die vom Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 gewählten Formulierungen sowie historische und auch teleologische Überlegungen sprechen jedoch dagegen, unter dem neuen Erbrecht weiter damit zu arbeiten. Die fristgebundene Anrechnung verdächtiger Transaktionen wird künftig nicht schematisch zu lösen sein. Vielmehr wird unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls und der Absichten der Vertragsteile geprüft werden müssen, ob in der Auswahl des Geschenknehmers ein Gestaltungsmissbrauch liegt oder ob sich der Geschenkgeber (eigentümerähnliche) Herrschafts- oder Nutzungsbefugnisse in einem Ausmaß zurückbehalten hat, sodass bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht davon gesprochen werden kann, dass er das Geschenk „wirklich“ gemacht hat.

Über den Autor:

Dr. Alexander Hofmann, LL. M., TEP, ist Rechtsanwalt in Wien. Er war am Verfahren als Klagsvertreter beteiligt.
E-Mail: a.hofmann@hofmannlaw.at